



Peter V. Kunz\*

## Konzernverträge: Möglichkeiten sowie Risiken

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
  1. Ausgangslage sowie Realien
  2. Konzernstrukturen
- II. Grundprinzipien für Konzernverträge
  1. Trennungsprinzip sowie Vertragsfreiheit
    - 1.1 Erläuterungen zu Prinzipien
    - 1.2 Vertragsparteien
  2. Relativierung(en) der Vertragsfreiheit
    - 2.1 Übersicht
    - 2.2 Rechtliche Risiken
- III. Exkurs: Konzern(ierungs)verträge
  1. Konzerntypen in der Schweiz
  2. Zulässigkeit von Vertragskonzernen
    - 2.1 Meinungsstreit der Doktrin
    - 2.2 Konzernleitung durch Verträge
- IV. Verträge im Konzernausserverhältnis
  1. Grundsatz: unproblematisch
  2. Ausgewählte Beispiele
    - 2.1 Verträge auf Arbeitsleistung
    - 2.2 Finanzierungsverträge
- V. Verträge im Konzerninnenverhältnis
  1. Grundsatz: potentiell problematisch
  2. Ausgewählte Beispiele
    - 2.1 Lizenzverträge
    - 2.2 Finanzierungsverträge
- VI. Vertragliche Konzernklauseln
  1. Privatautonome Gesamtbetrachtung(en)
  2. Ausgewählte Beispiele
    - 2.1 Verrechnungsklauseln
    - 2.2 Weitere Klauseln

## I. Einführung

### 1. Ausgangslage sowie Realien

Die *Konzerne* bzw. die *Unternehmensgruppen* lösen starke Emotionen in der Gesellschaft und in der Politik aus, wohl überwiegend negative; nicht selten werden

sie (mit-)verantwortlich gemacht für fragwürdige oder kriminelle Machenschaften in der Wirtschaftsrealität<sup>1</sup>. Obwohl dies teils zumindest nachvollziehbar erscheint, muss festgehalten werden: Die Konzerne – als Organisationsform sowie als wirtschaftliches Phänomen – sind m.E. *weder gut noch schlecht*, sondern vielmehr *effizient oder ineffizient*. Die rechtlichen Probleme von Unternehmensgruppen müssen im Übrigen durch eine spezifische Konzerncompliance gelöst werden<sup>2</sup>.

Das *Konzernrecht* regelt v.a. die Strukturen von Unternehmensgruppen sowie ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten. In Bezug auf die *Konzernverträge* muss das *Konzernvertragsrecht* (als Unterteilrechtsgebiet)<sup>3</sup> beachtet werden. Die wirtschaftliche Bedeutung von Unternehmensgruppen kann kaum überschätzt werden; trotz des Fehlens empirischer Grundlagen wird heute davon ausgegangen, dass ca. 70 % *aller Körperschaften* in der Schweiz *konzerniert* sind<sup>4</sup>. Insofern dürfte fast jedermann von Unternehmensgruppen «betroffen» sein – etwa als Arbeitnehmer, als beratender Jurist, als Konsument oder als interessierter Beobachter.

## 2. Konzernstrukturen

Der Konzern ist keine Einzelgesellschaft<sup>5</sup> sondern eine *Gesamtheit von Gesellschaften*, die auf *drei konstitutiven*

<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund ist wohl die pendente «Konzernverantwortungsinitiative» zu sehen, die beispielsweise die Beachtung der Menschenrechte thematisiert: BBl 2015 3247.

<sup>2</sup> M.E. stellt die Einführung sowie die Sicherstellung einer *konzernumfassenden Legal Compliance* bei den Aktiengesellschaften (AG) eine *Rechtspflicht* des Verwaltungsrats (VR) der Obergesellschaft dar, die sich aus der Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) ergibt; es handelt sich um eine *Schadensabwendungspflicht aus Eigeninteresse*: DIRK A. VERSE, Compliance im Konzern, ZHR 175 (2011), 407 f.

<sup>3</sup> Detailliert: PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz (Bern 2016), N 611 ff.

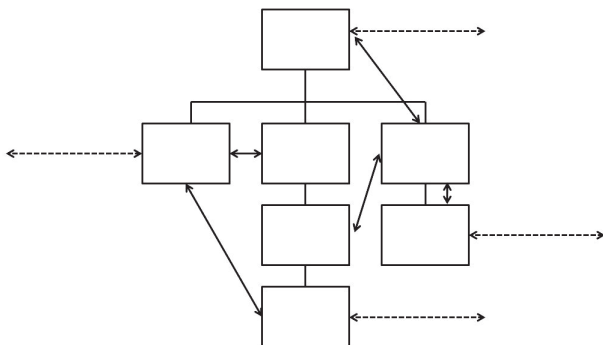
<sup>4</sup> Dies sind zwangsläufig Schätzungen, weil Unternehmensgruppen im Handelsregister weder eingetragen werden müssen noch können; *Publikumsgesellschaften* sind, soweit ersichtlich, fast immer Konzernunternehmen, regelmässig als herrschendes Unternehmen der Gruppe.

<sup>5</sup> In seltenen Ausnahmefällen scheint eine Rechtsqualifikation eines Konzerns als *einfache Gesellschaft* (Art. 530 ff. OR) möglich: Vgl. dazu hinten Ziff. II.1.2.a.

\* Prof. Dr. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung, geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch) sowie Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern; der Beitrag basiert auf einem Referat am St. Galler Gesellschaftsrechtstag XIII vom 4. Mai 2017 (das Manuskript wurde im Mai 2017 abgeschlossen).

Elementen beruht<sup>6</sup>: Es braucht (1) minimal zwei Unternehmen (nämlich nur, aber immerhin, eine Obergesellschaft<sup>7</sup> sowie mindestens eine Untergesellschaft<sup>8</sup>), die (2) alle rechtlich selbständig sind, allerdings (3) unter einer wirtschaftlichen einheitlichen Leitung (sc. Konzernleitung) stehen. Die *Konzernleitung* wird meist durch *Beteiligungen am Eigenkapital* von Untergesellschaften<sup>9</sup> erreicht sowie ausgeübt, wobei zwischen Alleinbeteiligungen und Nicht-Aleinbeteiligungen<sup>10</sup> zu differenzieren ist.

In der Schweiz stehen *Beteiligungskonzerne* eindeutig im Vordergrund<sup>11</sup>. D.h. der «Leim» zwischen den «verbundenen» Unternehmen (Konzerngesellschaften) beruht im Wesentlichen auf Eigenkapitalbeteiligungen «von oben nach unten», «von unten nach oben» oder «seitwärts»; selten kommen *Vertragskonzerne* vor<sup>12</sup>. In der Wirtschaftsrealität wird eine Vielzahl von Konzernverträgen geschlossen, bei denen also *zumindest eine Vertragspartei* zu einer Unternehmensgruppe gehört<sup>13</sup>. Dabei gibt es prinzipiell keine Einschränkungen betreffend konkrete Vertragsverhältnisse. In der Praxis bestehen oftmals eigentliche *Konzernvertragsnetze*, notabene konzernextern<sup>14</sup> oder konzernintern<sup>15</sup>:



Die Gruppengesellschaften – und insbesondere deren VR – haben fast zwangsläufig *unterschiedliche Perspektiven*. Gerade für die VR von *Untergesellschaften* können sich Probleme aufgrund potentieller Interessenkonflikte («Sandwichposition» oder «Diener zweier Herren») er-

geben<sup>16</sup>. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang von einem «*doppelten Pflichtenexus*» gesprochen, der sich nicht zuletzt im Rahmen der Vertragsfreiheit zeigt<sup>17</sup>. Grundsätzlich schulden aber die VR von abhängigen Konzerngesellschaften ihre Pflichtenerfüllung (z.B. Art. 717 OR) ausschliesslich «*ihrer*» Gesellschaft und *nicht* der Obergesellschaft, anderen Gruppenunternehmen oder gar dem Konzern als solchem<sup>18</sup>.

## II. Grundprinzipien für Konzernverträge

### 1. Trennungsprinzip sowie Vertragsfreiheit

#### 1.1 Erläuterungen zu Prinzipien

Das zentrale Strukturelement für Unternehmensgruppen ist das *Trennungsprinzip*. M.a.W. muss *jede Gruppenunternehmung als solche* rechtlich separat betrachtet werden<sup>19</sup>. Es ist somit eine Einzelbetrachtung statt einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen<sup>20</sup>; insofern erscheint der Terminus «Konzernvertrag» ungenau, schliessen doch – meist – *nicht die Konzerne* einen Vertrag ab<sup>21</sup>, sondern *einzelne* ihrer Konzerngesellschaften. Von Gesetzes wegen gilt auch bei den Konzernverträgen keine Gesamtbetrachtung<sup>22</sup>, auf privatautonomer Basis kann dies indes anders verabredet werden durch Konzernvertragsklauseln<sup>23</sup>.

Unabhängig von der Hierarchiestufe im Konzern können sich die Gruppengesellschaften, als rechtlich selbständige Unternehmen<sup>24</sup>, auf die *Vertragsfreiheit* (z.B. Art. 11 OR sowie Art. 19 OR) berufen, die konzernextern sowie konzernintern zu beachten ist<sup>25</sup>. Als Ausfluss der privatautONOMEN Partnerwahlfreiheit bestehen keinerlei Einschränkungen zur «*Richtung*» der Konzernverträge, d.h., es kommen Verträge zwischen Konzern-

<sup>6</sup> Hinweise statt aller: KUNZ (FN 3), N 17 ff. sowie N 114 ff.

<sup>7</sup> Synonyme: herrschende Unternehmung oder Muttergesellschaft.

<sup>8</sup> Synonyme: abhängige Unternehmungen oder (direkte sowie indirekte) Tochtergesellschaften.

<sup>9</sup> In der Schweiz dominieren AG-Konzerne, d.h. es geht um Eigentum an Aktien; die Darstellung fokussiert sich auf AG als *Gruppengesellschaften*.

<sup>10</sup> Wenn nicht sämtliche Aktien der Tochtergesellschaft ihrer Muttergesellschaft (oder einer ihrer Schwestergesellschaften) gehören, bestehen *konzernexterne Gesellschafter*, deren Interessen durch die VR der abhängigen Unternehmen berücksichtigt werden müssen: Vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.c.

<sup>11</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. III.1.

<sup>12</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. III.2.

<sup>13</sup> *Konzerne* sind hingegen – mindestens als Grundsatz – *nicht Vertragspartei* bei Konzernverträgen: Vgl. dazu hinten Ziff. II.1.2.a.

<sup>14</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. IV.

<sup>15</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.

<sup>16</sup> Kurz vor der Publikation: PETER V. KUNZ, Tätigkeiten sowie Rechtsrisiken der Verwaltungsräte in Konzernunternehmungen, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII (Bern 2017).

<sup>17</sup> Die *Konzernleitung* wirkt *faktisch* als *Relativierung*: Vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.a.

<sup>18</sup> BGE 130 III 219 Erw. 2.2.2.; teils wird von einem *absoluten Primat* gesprochen: KUNZ (FN 3), N 284.

<sup>19</sup> Das Bundesgericht hielt in BGE 138 II 61 Erw. 4.1. fest: «Das schweizerische Recht (...) behandelt jede Gesellschaft als ein rechtlich selbständiges Gebilde mit eigenen Organen, welche die Geschäfte im Interesse der besagten Gesellschaft und nicht in demjenigen des Konzerns, anderer Gesellschaften oder des sie beherrschenden Anteilsinhabers zu tätigen haben».

<sup>20</sup> Nur, aber immerhin, bei einigen Konzernsachverhalten kommen *Gesamtbetrachtungen* vor (teils durch die Rechtssetzung und teils durch die Rechtsanwendung): Konzernrechnung, Erwerb eigener Aktien, Durchgriffshaftung etc.

<sup>21</sup> Die Unternehmensgruppen sind weder rechts- noch handlungsfähig; in Ausnahmefällen kommen hingegen *Konzerne als Vertragspartei* in Frage: Vgl. dazu hinten Ziff. II.1.2.a.

<sup>22</sup> Statt aller: KUNZ (FN 3), N 616 ff. m.w.H.

<sup>23</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. VI.

<sup>24</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I.2.

<sup>25</sup> Hierzu: KUNZ (FN 3), N 611 ff.

gesellschaften «von oben nach unten» («down-stream»), «von unten nach oben» («up-stream») oder schliesslich «seitwärts» («side-stream») vor. Bei Konzernverträgen müssen *Relativierungen* beachtet werden<sup>26</sup>.

## 1.2 Vertragsparteien

### a. Konzern als Partei?

Das Bundesgericht beantwortet die Titelfrage (zu) apodiktisch: «[M]angels Rechtspersönlichkeit kann der Konzern als solcher *nicht Vertragspartei* sein»<sup>27</sup>. M.E. besteht indes eine Ausnahme zu diesem Grundsatz nur, aber immerhin, sofern die Unternehmensgruppe als *einfache Gesellschaft* im Rahmen von Art. 530 ff. OR qualifiziert werden kann, was in seltenen Fällen durchaus möglich ist<sup>28</sup>. Somit stellt sich die Anschlussfrage, *welche Gruppengesellschaft(en)* Partei beim konkreten Konzernvertrag ist (bzw. sind)<sup>29</sup>.

Zum *Konzernvertragsrecht* kann zumindest als Regel festgehalten werden: «Im Vertragsrecht ist von der juristischen Selbständigkeit von Konzerngesellschaften auszugehen: Schliesst eine Konzerngesellschaft einen Vertrag, wird seitens des Konzerns diese alleine berechtigt und verpflichtet, während der Konzern als Gesamtheit mangels Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht Vertragspartei werden kann und andere Konzerngesellschaften mangels Beteiligung am Vertragsschluss ebenfalls nicht Vertragspartei sind»<sup>30</sup>.

### b. Unsicherheiten

Es kommt vor, dass sich *konzernexterne* Parteien beim Vertragsschluss über die Gegenpartei nicht gänzlich im Klaren sind<sup>31</sup> und glauben, «mit dem Konzern» oder «mit allen Konzerngesellschaften» eine Abrede zu schliessen. Um die Vertragsparteien festzustellen, müssen die *Wil-*

*lenserklärungen ausgelegt* (Art. 18 OR) werden. Dabei gilt: «Nicht Vertragspartei ist (...) diejenige Konzerngesellschaft, die keinerlei Willensäusserung abgegeben hat, auch nicht konkludent (...)»<sup>32</sup>. Eine *privatautonome Ausdehnung* auf Gruppenunternehmen muss zwar nicht, kann aber vorkommen; damit Auslegungsprobleme vermieden werden, sollten vertragliche Konzernklauseln<sup>33</sup> zum Einsatz gelangen<sup>34</sup>.

Bei *konzerninternen* Verträgen<sup>35</sup> sind *ausschliesslich Gruppenunternehmen* des Konzerns miteinander vertraglich verbunden. Wer den konkreten Konzernvertrag schliesst, und ob darüber hinaus eine Ausdehnung auf andere Gruppengesellschaften erfolgt, ergibt sich – notabene wie bei konzernexternen Verträgen – aus einer *Auslegung des Vertrags* (Art. 18 OR); insbesondere gibt es auch in solchen Fällen weder eine generelle Gesamtbetrachtung noch eine automatische Ausdehnung. Zu «richtigen» *Streitigkeiten* dürfte es in der Wirtschaftsrealität nichtsdestotrotz *selten* kommen, weil diese konzernintern verhindert werden dürften<sup>36</sup>.

## 2. Relativierung(en) der Vertragsfreiheit

### 2.1 Übersicht

#### a. Konzernleitung

Die *Konzernleitung* steht der *Obergesellschaft* zu<sup>37</sup> und wird durch deren VR im Rahmen von Art. 716a Abs. 1

<sup>26</sup> Konzernleitung: Vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.a.; Vertretungsmacht: Vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.b.; Interessen freier Aktionäre: Vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.c. Drittvergleich bzw. «Dealing at Arm's Length»: Vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.d.; nicht nur als Relativierung, sondern als eigentliche *Vertragsfreiheitsausnahme* muss ein *spezifisches Vertragsverbot* bei Publikumsgesellschaften erwähnt werden, nämlich für Beraterverträge sowie für Einzelarbeitsverträge: Vgl. dazu hinten Ziff. IV.2.1.b.

<sup>27</sup> BGE 138 III 775 Erw. 8.3. (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>28</sup> Allg.: PETER V. KUNZ, Unternehmensgruppen: Konzernbegriffe sowie Konzernqualifikation, ZBJV 148 (2012), 358 ff. sowie v.a. 360 f. (a.a.O.: 360: «Vermutungsweise bestehen einfache Gesellschaften bei sog. *Vertragskonzernen*» [Hervorhebung im Original]); DERS. (FN 3), N 193 ff./N 199.

<sup>29</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.b.; Hinweise: KUNZ (FN 3), N 619 ff.

<sup>30</sup> STEFANIE PFISTERER, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis (Diss. Zürich 2011), N 59 (Hervorhebung des Originals weggelassen).

<sup>31</sup> Dies kommt v.a. bei Einzelarbeitsverträgen vor: Vgl. dazu hinten Ziff. IV.2.1.b.; zur Feststellung der Vertragsparteien: LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht (Habil. Basel 1992), 222 ff.; ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, SPR VIII/6 (2. A. Basel 2005), 423 f.

<sup>32</sup> ALEIDUS GERARD BOSMAN, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten (Diss. Zürich 1984), 83 (Hervorhebung des Originals weggelassen); aus dem *Konzernverhältnis allein* ergibt sich *keine generelle Vertretungsmacht* der Muttergesellschaft, für ihre Tochtergesellschaft(en) tätig zu sein und Verträge abzuschliessen; differenzierend: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht (4. A. Zürich 2009), § 11 N 440 ff.; generell: THOMAS GEISER/KAI-PETER UHLIG, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 139 (2003), 767 f.; VON BÜREN (FN 31), 423.

<sup>33</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. VI.2.

<sup>34</sup> In jedem Fall ist eine *sorgfältige Vertragsredaktion* – z.B. bei Verträgen mit *konzernexternen Lizenzgebern* – unerlässlich; für den Beispielfall, dass eine Konzernunternehmung einen solchen Vertrag als Lizenznehmerin schliesst, darin indes *explizit nichts* betreffend Nutzungsberechtigung der *übrigen* Gruppengesellschaften vereinbart wird, erscheint die Rechtslage höchst unklar: RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht – Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht (Habil. Zürich 2001), 81 geht davon aus, dass in solchen Konstellationen «von der Berechtigung all jener Unternehmungen auszugehen sein [wird], von deren Zugehörigkeit zum Konzern im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Lizenzgeber Kenntnis haben konnte»; dies ginge m.E. zu weit und würde faktisch eine *vertragliche Gesamtbetrachtung* einführen (hierzu: KUNZ (FN 3), N 519; rechtlich massgeblich ist die konkrete Vertragsinterpretation: a.a.O., FN 1647).

<sup>35</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.

<sup>36</sup> Sollte ein *Streit zwischen Gruppengesellschaften* betreffend Rechte und Pflichten aus einem Konzernvertrag entstehen, dürfte meist eine «Mediation» durch die *Konzernleitung* – oder m.a.W. eine Intervention der herrschenden Gesellschaft – erfolgen: Vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.a.

<sup>37</sup> Eine *Managementgesellschaft* kommt alternativ ebenfalls in Frage.

Ziff. 1 OR («Oberleitung»)<sup>38</sup> wahrgenommen. Mittels der Konzernleitung werden u.a. der Abschluss sowie der Inhalt von Konzernverträgen – innerhalb oder ausserhalb der Unternehmensgruppe – beeinflusst<sup>39</sup>. Die «Wünsche» der Muttergesellschaft können von der Tochtergesellschaft (und deren VR) realiter *nicht ignoriert werden*, was die *Vertragsfreiheit faktisch relativiert*. Daran ändert der «doppelte Pflichtenexus»<sup>40</sup> wenig.

Kontrovers debattiert die Doktrin seit Jahrzehnten, ob überhaupt – und wenn ja: wie weit – bei den *abhängigen Gesellschaften* die Regelungen zu den *unentziehbaren Kompetenzen des VR* (Art. 716a OR) vollständig gelten oder infolge der Konzernleitung «reduziert» werden<sup>41</sup>. M.E. dürfen bzw. *müssen* sogar die VR der Untergesellschaften diese Aufgaben wahrnehmen<sup>42</sup>, notabene gegebenenfalls unter Widerstand gegen die «Konzernvorgaben». Insofern *garantiert* Art. 716a OR eine *minimale Vertragsfreiheit* abhängiger Unternehmen.

## b. Vertretungsmacht

Gesellschaftsrechtlich kann jede Unternehmung – und dies gilt ebenfalls für die Konzerngesellschaften – ihre *Rechtsgeschäfte* nur, aber immerhin, in einem *bestimmten Rahmen* abschliessen (Vertretungsmacht): «Die zur Vertretung befugten Personen können im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann» (Art. 718a Abs. 1 OR). M.a.W. wird insofern für sämtliche Unternehmen – ebenso für die Gruppengesellschaften – die *Vertragsfreiheit relativiert* durch den *statutarischen Gesellschaftszweck*, wobei sich die Gerichtspraxis grosszügig zeigt<sup>43</sup>.

Der *Umfang der Vertretungsmacht* kann im Einzelfall umstritten sein. Die VR der Untergesellschaften befin-

den sich in einem «doppelten Pflichtenexus»<sup>44</sup>, der es ihnen nicht einfacher macht. Für die Konzernpraxis stellt es eine zentrale Frage dar, ob im Hinblick auf Vertragsabschlüsse die allfälligen *Konzerninteressen berücksichtigt* werden dürfen<sup>45</sup>:

M.E. gelangt das *Trennungsprinzip* zur Anwendung, d.h. die Konzerninteressen haben – mindestens als Grundsatz – keinen Einfluss auf die Möglichkeit (oder auf die Unmöglichkeit) zum Abschluss von Konzernverträgen oder auf deren Inhalte. Es erfolgt insbesondere *keine automatische Ausdehnung der Vertretungsmacht* bei Konzernverträgen; vor diesem Hintergrund dürfen z.B. keine «Konzernsonderkonditionen»<sup>46</sup> vereinbart werden<sup>47</sup>. Immerhin kann eine *privatautonome Zweckänderung* vorgenommen werden<sup>48</sup>, durch die eine «Konzernvertretungsmacht» und damit eine erweiterte Vertragsfreiheit ermöglicht werden.

## c. Interessen freier Aktionäre

Sollten bei einer Konzernuntergesellschaft *nicht sämtliche Beteiligungen* entweder der Muttergesellschaft oder einer Tochtergesellschaft gehören (Nicht-Alleinbeteiligung)<sup>49</sup>, bestehen konzernexterne Minderheitsaktionäre, die als *freie Aktionäre* bezeichnet werden<sup>50</sup>. Solche Gesellschafter werden potentiell stärker bedroht als «normale» Minderheitsaktionäre<sup>51</sup>, nicht zuletzt durch *konzerninterne Vermögens- bzw. Gewinnverschiebungen* (v.a. durch

<sup>38</sup> Die «Oberleitung der Gesellschaft» kann auch als «*Oberleitung des Konzerns*» verstanden werden: KUNZ (FN 3), N 274; es ist m.E. vor diesem Hintergrund denkbar, dass die herrschende Unternehmung eine *Konzernvertragsstrategie* – d.h. die Grundsätze, hingegen nicht sämtliche Vertragsdetails betreffend – im Rahmen der Konzernleitung für die Untergesellschaften vorgibt.

<sup>39</sup> Die Konzernleitung dürfte bei *konzerninternen Verträgen* zudem allfällige *Streitigkeiten unterbinden*; vor diesem Hintergrund erscheinen z.B. Schiedsklauseln überflüssig: Vgl. dazu hinten Ziff. VI.2.2.

<sup>40</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I.2.

<sup>41</sup> Die Rede ist beispielsweise von einer «*teleologischen Reduktion*»; hierzu: PATRIC ALESSANDER BRAND, Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen (Diss. Bern 2014), N 94 ff. m.w.H.; Auswahl: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (11. A. Bern 2012), § 24 N 45 ff.; VON BÜREN (FN 31), 58 ff. und v.a. 62 f.; HANDSCHIN (FN 31), 49 f.; ausserdem: BÖCKLI (FN 32), § 13 N 243 ff.

<sup>42</sup> Ähnlich: PETER FORSTMOSER, Haftung im Konzern, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht (Bern 2000), 94 ff.

<sup>43</sup> Innerhalb der Vertretungsmacht befinden sich Verträge, die «*nicht geradezu ausgeschlossen*» sind durch den Gesellschaftszweck: BGE 116 II 323 Erw. 3. a.; statt vieler: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 41), § 16 N 393 f. m.w.H.

<sup>44</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I.2.

<sup>45</sup> Die Konzerninteressen werden in erster Linie im Zusammenhang mit der *Verantwortlichkeitsproblematik* gemäss Art. 754 ff. OR für die VR («Einrede des Konzerninteresses») auf der einen Seite sowie mit der *Vertretungsmacht* im Rahmen von Art. 718a OR auf der anderen Seite diskutiert; unbesehen dessen ist schlicht nicht klar, was allfällige Konzerninteressen sind: KUNZ (FN 3), N 152 ff. (m.E. muss das Konzerninteresse als *primär konzernorientiertes* Interesse der Obergesellschaft, basierend auf ihrer Konzernleitung, verstanden werden: a.a.O. N 152 a.E.).

<sup>46</sup> Ökonomisch geht es dabei um (*gemischte*) *Schenkungen* zwischen Gruppengesellschaften.

<sup>47</sup> Diese Regel gegen «Konzernsonderkonditionen» ergibt sich zusätzlich aus der Pflicht des VR zur Berücksichtigung der Interessen freier Aktionäre (vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.c.) sowie aus dem Prinzip «*Dealing at Arm's Length*» (vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.d.).

<sup>48</sup> Dies geschieht in erster Linie durch *statutarische Konzernklauseln* (hierzu: KUNZ (FN 3), N 261 ff. m.w.H.), die nicht verwechselt werden dürfen mit vertraglichen Konzernklauseln (Vgl. dazu hinten Ziff. VI.), und die in der Wirtschaftsrealität besonders wichtig im Hinblick auf *Finanzierungsverträge im Konzerninnenverhältnis* sind (Vgl. dazu hinten Ziff. V.2.2.b.).

<sup>49</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I.2.

<sup>50</sup> Zu den freien Aktionären liegen zahlreiche Publikationen vor; als Auswahl: PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001), § 14 N 17 ff. («unabhängige Aktionäre»); DERS. (FN 3), N 305 ff. m.w.H.; zudem: VON BÜREN (FN 31), 111 ff.; MARTIN PLÜSS, Der Schutz der freien Aktionäre im Konzern (Diss. St. Gallen 1977), *passim*; BERNHARD BRATSCHI, Die Stellung des freien Aktionärs im Konzern (Diss. Bern 1996), *passim*.

<sup>51</sup> Die *Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft* sind hingegen «normale» Minderheitsgesellschafter.



Konzernverträge), die entsprechende Aktiven aus ihrem Einflussbereich entfernen<sup>52</sup>.

Die VR von Tochtergesellschaften schulden die Pflichten gemäss Art. 717 OR (Treue-, Sorgfalts- sowie Gleichbehandlungspflichten)<sup>53</sup> primär «ihren» (abhängigen) Gesellschaften, und zwar im Rahmen des «doppelten Pflichtenexus»<sup>54</sup>. In diesem Zusammenhang müssen insbesondere ebenfalls die *Interessen freier Aktionäre berücksichtigt* werden<sup>55</sup>, so dass beispielsweise «Konzernsonderkonditionen» ausgeschlossen sind<sup>56</sup>. M.E. besteht somit eine *Relativierung der Vertragsfreiheit* auf Basis der Interessen der freien Aktionäre.

#### d. Drittpersonentest

Eine weitere *Relativierung der Vertragsfreiheit* im Konzerninnenverhältnis<sup>57</sup> – etwa beim Abschluss oder bei der Ausgestaltung von Konzernverträgen – ergibt sich aus dem zentralen Grundsatz «*Dealing at Arm's Length*» (Prinzip eines Drittvergleichs)<sup>58</sup>. Dabei handelt es sich um die Rechtspflicht<sup>59</sup>, in konzerninternen Beziehungen konzernexterne Drittkonditionen zu berücksichtigen. Es dürfen m.a.W. nur solche Verträge geschlossen werden, die ebenso mit *konzernexternen Dritten* vereinbart würden (Drittpersonentest)<sup>60</sup>.

Das «*Dealing at Arm's Length*»-Prinzip, oder m.a.W. das Verhalten «auf Armdistanz», muss den *Kriterien des «Drittverkehrs»* (Konzernausserverhältnis) genügen, wobei keine abschliessenden Aussagen zum Massstab des Drittpersonentests gemacht werden können; bedeutsam sind etwa die konkreten Marktbedingungen. Intensiv ist die konzernrechtliche Diskussion mit Bezug auf die *Finanzierungsverträge* (z.B. betreffend konzerninterne Darlehensverträge)<sup>61</sup>. Unbestritten erscheint im

Wesentlichen, dass bei Konzernverträgen insbesondere «*Konzernsonderkonditionen*» ausgeschlossen sind<sup>62</sup>.

#### 2.2 Rechtliche Risiken

Die *grösste Gefahr*, gerade für die Gläubiger von Gruppengesellschaften sowie für die freien Gesellschafter, droht durch *Vermögens- bzw. Gewinnverschiebungen* zwischen Konzernunternehmen. Basis dafür sind regelmässig «Konzernsonderkonditionen» in Konzernverträgen, die beispielsweise einer «*Konkursvorsorge*» einerseits<sup>63</sup> oder einer «*Steuerplanung*» andererseits<sup>64</sup> dienlich sein mögen. Mit einem solchen Verhalten sind zahlreiche Rechtsrisiken aus *unterschiedlichen Rechtsgebieten* verbunden; als *Beispiele* seien erwähnt:

*Aktienrechtlich* droht die Nichtigkeit des Konzernvertrags, der die Vertretungsmacht gemäss Art. 718a OR verletzt<sup>65</sup>. Weiter kann der VR einer Tochtergesellschaft, der die Interessen der freien Aktionäre ignoriert<sup>66</sup>, zur Verantwortung (Art. 754 ff. OR) gezogen werden<sup>67</sup>. Es sind ausserdem Rückforderungsklagen betreffend konzerninterne Vermögensverschiebungen im Rahmen von Art. 678 OR möglich<sup>68</sup>. Schliesslich muss ein VR, der die «Wünsche» der Muttergesellschaft nicht erfüllt, mit seiner Abberufung (Art. 705 OR) rechnen<sup>69</sup>.

Gerade die *Verletzung des Prinzips eines Drittvergleichs* («*Dealing at Arm's Length*»)<sup>70</sup> birgt Risiken aus mehreren Rechtsgebieten. Erwähnt werden können – als Beispiele – das *Insolvenzrecht* (Beispiele: Kollokation wird nicht zugelassen; paulianische Anfechtungen [Art. 285 ff. SchKG]), das *Strafrecht* (z.B. ungetreue Geschäftsbesor-

<sup>52</sup> Sollten – als Beispiel – Aktiven aus einer Konzerngesellschaft auf eine andere Gruppengesellschaft «unter Wert» transferiert werden, *sinkt* dadurch der *innere Wert* der Beteiligung der *freien Aktionäre*.

<sup>53</sup> Art. 717 OR: «Die Mitglieder des Verwaltungsrates (...) müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Sie haben die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln».

<sup>54</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I.2.

<sup>55</sup> Zu den «*Interessen der Gesellschaft*» (Art. 717 Abs. 1 OR) gehören auch die Interessen der Minderheitsaktionäre bzw. der freien Aktionäre; allg.: KUNZ (FN 3), N 283 ff. m.w.H.

<sup>56</sup> Die Regel gegen «Konzernsonderkonditionen» basiert ausserdem auf der Ordnung zur Vertretungsmacht (vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.b.) sowie auf dem Prinzip «*Dealing at Arm's Length*» (vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.d.).

<sup>57</sup> KUNZ (FN 3), N 613.

<sup>58</sup> Allg.: KUNZ (FN 3), N 266, N 296 sowie N 310; BRAND (FN 41), N 537 ff.

<sup>59</sup> Die Verletzung dieser Pflicht hat verschiedene «Sanktionen»: Vgl. dazu hinten Ziff. II.2.2.

<sup>60</sup> Die *Konzernausserwelt* ist der *Vergleichsmassstab* beim Drittvergleich: KUNZ (FN 3), N 299.

<sup>61</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.2.2.b.; generell: BRAND (FN 41), N 537 ff. m.w.H.

<sup>62</sup> Die Regel gegen «Konzernsonderkonditionen» kann ebenfalls aus der Ordnung zur Vertretungsmacht (vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.b.) sowie aus der Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen freier Aktionäre (vgl. dazu hinten Ziff. II.2.1.c.) abgeleitet werden.

<sup>63</sup> Beispiel: Vermögenswerte werden im Rahmen von Austauschverträgen aus einer konkursgefährdeten Konzerngesellschaft «*gerettet*» und auf eine andere Gruppengesellschaft transferiert.

<sup>64</sup> Beispiel: Gewinne einer Gruppengesellschaft (an einem *steuergünstigen* Standort) werden – durch entsprechende vertragliche Ausgestaltung eines Konzernvertrags im Konzerninnenverhältnis – auf eine Konzernunternehmung (an einem *steuergünstigen* Domizil) «*verlagert*»; dies kann gerade etwa bei konzerninternen Lizenzverträgen vorkommen: Vgl. dazu hinten Ziff. V.2.1.b.

<sup>65</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.b.; BGE 4A\_147/2014 vom 19. November 2014: Erw. 3.1.1. («von Anfang an für die Gesellschaft unverbindlich und ungültig»); zur Rechtsfolge: BÖCKLI (FN 32), § 13 N 497; für konzerninterne Konzernverträge: HANDSCHIN (FN 31), 120 ff. und v.a. 125 f.

<sup>66</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.c.

<sup>67</sup> Statt aller: KUNZ (FN 3), N 310 FN 1054.

<sup>68</sup> Aktivlegitimiert sind *de lege lata* sowohl Konzerngesellschaften als auch freie Aktionäre (Art. 678 Abs. 3 OR); *de lege ferenda* sollen künftig – m.E. ein rechtspolitisch kluger Vorschlag – auch Gläubiger klagebefugt sein, «falls die Leistung zugunsten einer Gesellschaft des gleichen Konzerns erfolgt» (Art. 678 Abs. 4 Satz 1 E-OR: BBl 2017 703).

<sup>69</sup> Die Abberufung des VR einer Konzernuntergesellschaft ergibt sich u.a. aus der *Konzernleitung* der Konzernobergesellschaft: Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.a.

<sup>70</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.d.

gung [Art. 158 StGB], Betrug [Art. 146 StGB], diverse Konkursdelikte [Art. 163 ff. StGB]) sowie das *Steuerrecht* (Gewinnaufrechnungen betreffend «Transfer Pricing» [Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG] etc.)<sup>71</sup>.

Vor diesem Hintergrund sollten verschiedene Konzerninteressenten die *Relativierungen der Vertragsfreiheit* kennen (und rechtlich akzeptieren), notabene in erster Linie im Konzerninnenverhältnis, das insofern als *potenziell riskant* bezeichnet werden kann<sup>72</sup>. Am Schluss soll immerhin erwähnt werden, dass bei solchen Verträgen zumindest ein Risiko der Wirtschaftsrealität vernachlässigt werden kann: das *Kartellrecht*, denn dieses spielt – mangels eines Wettbewerbs – *keine Rolle* bei Verträgen zwischen Konzernunternehmen<sup>73</sup>.

### III. Exkurs: Konzern(ierungs)verträge

#### 1. Konzerntypen in der Schweiz

Es gibt eine Vielzahl von *Kategorisierungsmöglichkeiten* für Unternehmensgruppen, die regelmässig eher ökonomisch (v.a. betriebswirtschaftlich) als rechtlich begründet erscheinen. In der Schweiz – anders als beispielsweise in Deutschland<sup>74</sup> – stehen eindeutig die *Beteiligungskonzerne* im Vordergrund<sup>75</sup>, wobei m.E. die «Beteiligungsrichtungen» (konkret: «Mutter» an «Tochter», «Schwester» an «Schwester», «Nichte» an «Tante» etc.) keine Rolle spielen<sup>76</sup>. Bei solchen Unternehmensgruppen erfolgt die Konzernleitung primär durch die *Wahrnehmung der Stimmrechte* in den Generalversammlungen (GV)<sup>77</sup> der Gruppenunternehmen<sup>78</sup>.

In einigen Staaten waren Beteiligungskonzerne früher illegal; in den USA – als Beispiel – sprachen die Gerichte bis Ende des 19. Jahrhunderts den Unternehmungen das

Recht ab, sich an anderen Gesellschaften zu beteiligen<sup>79</sup>. Ohne Zweifel zulässig sind die Beteiligungskonzerne hingegen in der Schweiz. Sie werden zwar durch keine Legaldefinition umschrieben, indes bei der Rechnungslegung immerhin vorausgesetzt: «Eine juristische Person kontrolliert ein anderes Unternehmen, wenn sie (...) direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ [sc. GV] verfügt» (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Umstrittener ist die Zulässigkeit von *Vertragskonzernen* in der Schweiz<sup>80</sup>.

#### 2. Zulässigkeit von Vertragskonzernen

##### 2.1 Meinungsstreit der Doktrin

Die Lehre in der Schweiz ist (oder allenfalls: war) *gespalten*, was die Zulässigkeit von Vertragskonzernen anbelangt. Während die h.M. solche Unternehmensgruppen als *zulässig* erachtet<sup>81</sup>, spricht (oder: sprach) sich eine Minderheit gegen die rechtliche Möglichkeit von Vertragskonzernen aus, notabene wegen der Aufgabe der residualen Eigenständigkeit der Untergesellschaften; es wurde sogar eine *Nichtigkeit* behauptet<sup>82</sup>.

M.E. sind Vertragskonzerne *prinzipiell rechtlich erlaubt* in der Schweiz<sup>83</sup>, sie werden ohnehin – wie die Beteiligungskonzerne<sup>84</sup> – vom Gesetz im Bereich der Rechnungslegung vorausgesetzt<sup>85</sup>; somit steht heute fest: «Der [Konzernierungsvertrag bzw. der Vertragskonzern] ist *ex lege* zulässig»<sup>86</sup>. Entsprechende schweizerische Unternehmensgruppen kommen vor, wenn auch relativ sel-

<sup>79</sup> PHILLIP I. BLUMBERG, Amerikanisches Konzernrecht, ZGR 20 (1991), 330.

<sup>80</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. III.2.

<sup>81</sup> Statt aller: MARC AMSTUTZ/ARIANE MORIN, Basler Kommentar – Obligationenrecht I (6. A. Basel 2016), N 430 ff. Einl. vor Art. 184 ff. OR; VON BÜREN (FN 31), 28; HANDSCHIN (FN 31), 22; VON DER CRONE (FN 75), § 15 N 43; BRAND (FN 41), N 194; FLORIAN S. JÖRG, Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II (Bern 2002), 29.

<sup>82</sup> BÖCKLI (FN 32), § 11 N 145; BOSMAN (FN 37), 42 ff.; ablehnend (en passant): SUSAN EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe (Habil. Freiburg 2004), 309 FN 1034.

<sup>83</sup> KUNZ (FN 3), N 95 f.; *unzulässig* wäre m.E. nur, aber immerhin, wenn durch Konzernierungsverträge die Kompetenzen gemäss Art. 716a OR seitens der Konzernuntergesellschaften (und deren VR) *vertraglich gänzlich «wegbedungen»* werden sollten, was ausserdem gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen würde (allg.: AMSTUTZ/MORIN (FN 81), N 444).

<sup>84</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. III.1.

<sup>85</sup> Heute ausdrücklich in Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR: «Eine juristische Person kontrolliert ein anderes Unternehmen, wenn sie (...) aufgrund (...) eines Vertrags (...) einen beherrschenden Einfluss ausüben kann»; der *frühere* Gesetzestext erwähnte zwar *Verträge nicht explizit* (Art. 663e Abs. 1 aOR: Konzernleitung konnte «auf andere Weise» begründet werden), doch ergab sich *schon damals* aus der Gesetzgebungsgeschichte, dass *Vertragskonzerne* zulässig waren: «Es können sich zwei oder mehrere Gesellschaften durch Verträge zu einem Horizontal- oder Koordinationskonzern zusammenschliessen; auch Austauschverträge können konzernierende Wirkung haben» (BB1 1983 II 818).

<sup>86</sup> AMSTUTZ/MORIN (FN 81), N 431 a.E. (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>71</sup> Zu *ungerechtfertigten «Verrechnungspreisen»* und den steuerrechtlichen Folgen: KUNZ (FN 3), N 310 sowie N 563 ff. und v.a. N 568 ff.; BÖCKLI (FN 32), § 11 N 352 sowie N 437; die steuerrechtlichen Risiken können abgesichert werden durch *Steuerurulings*: Vgl. dazu hinten Ziff. V.1.; die internationale Diskussion wird geführt im Rahmen des OECD-Projekts «Base Erosion and Profit Shifting» (BEPS): RAOUL STOCKER, Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), IFF Forum für Steuerrecht 2013, 302 ff.

<sup>72</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.1.

<sup>73</sup> Es besteht nämlich *keine «intra enterprise competition»*: KUNZ (FN 3), N 489/N 613.

<sup>74</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. III.2.1.

<sup>75</sup> Statt aller: HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht (Bern 2014), § 15 N 10.

<sup>76</sup> KUNZ (FN 3), N 99.

<sup>77</sup> Folglich ist eine Konzernierung mittels *Partizipationsscheinen* (PS) *unmöglich*.

<sup>78</sup> Durch die Stimmrechte in der GV von Konzernuntergesellschaften kann die Obergesellschaft beispielsweise deren *Statuten beschliessen* (Beispiel: statutarische Konzernklausel) oder deren VR *wählen*; immerhin sind im Hinblick auf die GV einige gesellschaftsrechtliche Einschränkungen zu beachten (z.B. Art. 659b OR); MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 41), § 24 N 75.

ten (z.B. wird oft der Regionalbankenkonzern Clientis<sup>87</sup> erwähnt). In *Deutschland* werden die Vertragskonzerne detailliert im Gesetz geregelt<sup>88</sup>.

## 2.2 Konzernleitung durch Verträge

Bei den Vertragskonzernen ergibt sich die Beherrschung der Gruppengesellschaften und damit die *Konzernleitung* aus einer *primär vertraglichen* Quelle<sup>89</sup>: «Als Vertragskonzern wird ein Konzern bezeichnet, dessen rechtliche Grundlage für die Unternehmenszusammenfassung auf einem Vertrag beruht, der das Verhältnis der konzernierten Unternehmen zueinander regelt»<sup>90</sup>. M.a.W. handelt es sich bei den *Konzernierungsverträgen* um Konzernverträge im Konzerninnenverhältnis<sup>91</sup>, die Innominatkontrakte darstellen.

Solche Konzernierungsverträge dürfen *nicht verwechselt* werden mit den «regulären» *Konzernvertragsnetzen* (Lizenzverträge, Finanzierungsverträge, Verträge auf Arbeitsleistungen etc.). Der Konzernierungsvertrag begründet und «vollzieht» eine Unternehmensgruppe, wobei verschiedene Typen<sup>92</sup> (nach deutschem Vorbild) möglich erscheinen<sup>93</sup>, nämlich z.B. Beherrschungsverträge, Gewinngemeinschaftsverträge, Gewinnabführungsverträge, Betriebspachtverträge, Betriebsüberlassungsverträge oder Stimmbindungsverträge.

## IV. Verträge im Konzernausserverhältnis

### 1. Grundsatz: unproblematisch

Bei den *Konzernverträgen* im Konzernausserverhältnis («Drittverkehr»)<sup>94</sup> sieht das Konzernrecht weder Vor-

gaben noch Beschränkungen vor. Insbesondere müssen solche Verträge den Grundsatz «Dealing at Arm's Length»<sup>95</sup> *nicht* beachten. Die Verträge von Gruppengesellschaften mit konzernexternen Parteien erweisen sich m.E. insofern als *konzernrechtlich unproblematisch*, d.h. die rechtlichen Risiken<sup>96</sup> spielen an sich keine Rolle.

Nichtsdestotrotz kann im Rahmen der *Konzernleitung* die Obergesellschaft die Verträge ihrer Untergesellschaften – mittelbar oder unmittelbar – beeinflussen (z.B. mittels einer Konzernvertragsstrategie)<sup>97</sup>. Bei Verträgen im Konzernausserverhältnis erweist sich ausserdem die Bestimmung der *konkreten Vertragsparteien* als nicht immer leicht<sup>98</sup>. Schliesslich kommt dem Konzernausserverhältnis eine weitere Funktion zu: eine «*Spiegelung*» von *Drittkonditionen* im Hinblick auf den konzerninternen Drittpersonentest<sup>99</sup>.

## 2. Ausgewählte Beispiele

### 2.1 Verträge auf Arbeitsleistung

#### a. Vertragsgrundlagen

Die *Verträge auf Arbeitsleistung* werden mit *konzernexternen* Parteien vereinbart, also mit natürlichen Personen, die bei einer Gruppenunternehmung «zum Einsatz» gebracht werden sollen. Solche Verträge werden u.a. zur *Durchsetzung von Konzernstrategien* eingesetzt<sup>100</sup>. Bei diesen Vertragsverhältnissen steht – wie bei allen Konzernverträgen im Konzernausserverhältnis<sup>101</sup> – die Frage nach der *konkreten Vertragspartei* im Vordergrund<sup>102</sup>.

Es gibt *verschiedene Vertragstypen* betreffend den Einsatz z.B. von Arbeitnehmern, die in Gruppenverhältnissen von besonderem Interesse sind<sup>103</sup>. Erwähnt werden können – als Beispiele – die *Einzelarbeitsverträge* (Art. 319 ff. OR)<sup>104</sup> einerseits sowie die *Beratungsverträge* (Art. 394 ff. OR) andererseits. Schliesslich ist ein weiterer Vertragstypus für Konzernverhältnisse bedeutsam, den verschiedene Grosskonzerne – Post, Swisscom, Migros, Coop etc. – abschliessen<sup>105</sup>, nämlich der *Gesamtarbeitsvertrag* (Art. 356 ff. OR)<sup>106</sup>.

<sup>87</sup> KUNZ (FN 3), N 96 a.E.; BRAND (FN 41), N 194; VON BÜREN (FN 31), 28 FN 143; weitere Beispiele erwähnen: AMSTUTZ/MORIN (FN 81), N 431b.

<sup>88</sup> § 291 ff. dAktG regeln im Detail die *deutschen Vertragskonzerne*; die Basis von Vertragskonzernen in Deutschland sind *Unternehmensverträge*; dabei handelt es sich um «Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft (...) die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag)»: § 291 (1) dAktG.

<sup>89</sup> KUNZ (FN 3), N 95.

<sup>90</sup> Zitat: VON BÜREN (FN 31), 28 (Hervorhebung des Originals weggelassen); zur Charakterisierung des Konzernierungsvertrags: AMSTUTZ/MORIN (FN 81), N 430 (als «Konzernvertrag» bezeichnet).

<sup>91</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.

<sup>92</sup> Hinweise statt aller: VON BÜREN (FN 31), 28 sowie 391 f.; KUNZ (FN 3), N 95 FN 363; zu inhaltlichen und strukturellen Fragen: AMSTUTZ/MORIN (FN 81), N 438 ff.

<sup>93</sup> M.E. kann ein grundsätzlich zulässiger Konzernierungsvertrag – je nach konkreter Ausgestaltung – im Einzelfall unzulässig werden (sc. Art. 716a OR sowie Art. 27 ZGB).

<sup>94</sup> Beispiele: Verträge auf Arbeitsleistung (vgl. dazu hinten Ziff. IV.2.1.) sowie Finanzierungsverträge (vgl. dazu hinten Ziff. IV.2.2.); generell: VON BÜREN (FN 31), 423 ff.; die Verträge im Konzernausserverhältnis dominieren quantitativ die konzerninternen Verträge: KUNZ (FN 3), N 627.

<sup>95</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.d.

<sup>96</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.2.

<sup>97</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.a.

<sup>98</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.2.b.

<sup>99</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.d.

<sup>100</sup> Hierzu: VON BÜREN (FN 31), 399.

<sup>101</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. IV.1.

<sup>102</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. IV.2.1.b.

<sup>103</sup> Es handelt sich um *Nominatkontrakte*, also um gesetzlich vorgesehene Vertragsbeziehungen; statt aller: VON BÜREN (FN 31), 399 ff.; KUNZ (FN 3), N 629 ff.

<sup>104</sup> Allg. zur Thematik: THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz (3. A. Bern 2015), N 143a ff.; ROMAN HEIZ, Das Arbeitsverhältnis im Konzern (Diss. St. Gallen 2004), *passim*.

<sup>105</sup> Hinweise: KUNZ (FN 3), N 630.

<sup>106</sup> Statt aller: THOMAS GEISER/KAI-PETER UHLIG, Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern, ZBJV 146 (2010), 1 ff.; KUNZ (FN 3), N 630 m.w.H.



## b. Konzernaspekte

Sowohl die Obergesellschaft als auch die Unter-gesellschaft(en) einer Unternehmensgruppe können Verträge auf Arbeitsleistungen abschliessen, wobei unterschiedlichste Vertragsinhalte vorkommen können; als Beispiele: Die *Einzelarbeitsverträge* mit den für die Unternehmensgruppe zentralen Arbeitnehmern (also v.a. mit den Konzernleitungsmitgliedern) sehen oft den Einsatz bei verschiedenen Gruppengesellschaften vor<sup>107</sup>. Die Mandatsverträge bzw. die *Beratungsverträge* haben verschiedene Funktionen, beispielsweise das Beiziehen konzernunabhängiger («fiduziarischer») VR<sup>108</sup> oder das Einsetzen von Doppelorganen<sup>109</sup>.

Bei den Verträgen im Konzernausserverhältnis können die Vertragsparteien durchaus unsicher sein<sup>110</sup>. Folglich hat eine *Vertragsauslegung* im Rahmen von Art. 18 OR die Frage(n) zu beantworten, welche Konzernunternehmung im Einzelfall der *Arbeitgeber* oder der *Auftraggeber* ist<sup>111</sup>. In diesem Zusammenhang steht – mindestens als Grundsatz – fest, dass der Konzern weder Arbeitgeber noch Auftraggeber ist<sup>112</sup>; es kommt vor, dass die herrschende Gesellschaft allenfalls *Rahmenverträge* abschliesst<sup>113</sup>. Für Klarstellungen betreffend Vertragsauslegungen können – generell – vertragliche Konzernklauseln verwendet werden<sup>114</sup>.

Als weiterer konzernvertraglicher Aspekt kann die *arbeitsvertragliche Treuepflicht* (Art. 321a OR) in Konzernverhältnissen erwähnt werden<sup>115</sup>. Im Jahr 2004 entschied das Bundesgericht (BGE 130 III 213), dass ein Arbeitnehmer, der im gesamten Konzern zum Einsatz

gelangt, trotzdem *treuepflichtig* gegenüber «seinem» *formellen* Arbeitgeber ist und bleibt<sup>116</sup>. Insofern sind allfällige Vermögens- bzw. Gewinnverschiebungen zu Lasten «seiner» Gesellschaft und zugunsten anderer Gruppengesellschaften nicht gerechtfertigt (nichtsdestotrotz war im konkreten Fall eine fristlose Kündigung gemäss Art. 337 OR unzulässig)<sup>117</sup>.

Die «*Abzocker*»-Volksinitiative, die – trotz (oder: wegen) verbreiteter Polemik – im Jahr 2013 überwältigend von Volk und Ständen angenommen wurde, sah keine Relativierung, sondern eine eigentliche *Ausnahme* zur Vertragsfreiheit<sup>118</sup> im Zusammenhang mit Verträgen auf Arbeitsleistung vor<sup>119</sup>: «Die Organmitglieder erhalten (...) *keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag* von einer anderen Gesellschaft der Gruppe» (Art. 95 Abs. 3 lit. b BV). Diese Bestimmung wurde durch den Bundesrat mittels Übergangsverordnung «umgesetzt»<sup>120</sup>, und eine definitive Regelung soll durch die «grosse» Aktienrechtsrevision erfolgen<sup>121</sup>.

## 2.2 Finanzierungsverträge

### a. Vertragsgrundlagen

Sowohl im Konzernausserverhältnis als auch im Konzerninnenverhältnis<sup>122</sup> gibt es *Finanzierungsverträge*, die von einzelnen Gruppenunternehmungen abgeschlossen werden. Diese Verträge dienen in erster Linie der *Fremdkapitalfinanzierung* dieser Gesellschaften<sup>123</sup>. Während bei den gruppeninternen Verträgen konzernrechtliche Relativierungen<sup>124</sup> beachtet werden müssen<sup>125</sup>, kommt im Ausserverhältnis die *Vertragsfreiheit* – prinzipiell

<sup>107</sup> Zu den Varianten möglicher Anstellungen im Konzern: GEISER/MÜLLER (FN 104), N 143c; ausserdem: KUNZ (FN 3), N 629 m.w.H.

<sup>108</sup> Statt aller: VON BÜREN (FN 31), 401 f.

<sup>109</sup> Mittels *Doppelorganen* soll primär die *Durchsetzung der Konzernleitung* abgesichert werden, sei es durch vertikale Integration oder durch horizontale Integration (PETER FORSTMOSER, Horizontale Integration im Konzern, in: FS für J. N. Druey (Zürich 2002), 383 ff.).

<sup>110</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. IV.1.

<sup>111</sup> Eine Unsicherheit kommt in erster Linie bei *Einzelarbeitsverträgen* vor, «weil leitende Arbeitnehmer sehr oft für mehrere Konzerngesellschaften tätig sind»: GEISER/UHLIG (FN 32), 798; zudem: KUNZ (FN 3), N 629 m.w.H.; VON BÜREN (FN 31), 404 ff.; HEIZ (FN 104), 46 ff.; NICOLE G. ZÜRCHER FAUSCH, Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen (Diss. St. Gallen 2007), 62 ff. sowie 71 ff.

<sup>112</sup> In diesem Sinne: VON BÜREN (FN 31), 400 (der Konzern hat «keine eigene Rechtspersönlichkeit») sowie 404 f.; KUNZ (FN 3), N 629 hält fest: «M.E. gibt es *keinen* «Konzernarbeitgeber», und der Muttergesellschaft steht keine entsprechende Auffangfunktion zu» (Hervorhebung im Original); anders verhält es sich, wenn der Konzern als einfache Gesellschaft zu qualifizieren ist: a.a.O., FN 1977.

<sup>113</sup> GEISER/UHLIG (FN 32), 783 f.; VON BÜREN (FN 31), 407 f.; ADRIAN PLÜSS, Zur Rechtsstellung des «Konzernführers», in: FS für P. Forstmoser (Zürich 1993), 153 ff.

<sup>114</sup> In den Einzelarbeitsverträgen von Konzerngesellschaften können – als Beispiel – *konzernvertragliche Konkurrenzklauseln* vorkommen: Vgl. dazu hinten Ziff. VI.2.2.

<sup>115</sup> Statt vieler: VON BÜREN (FN 31), 409 f.; davon muss die *gesellschaftsrechtliche Treuepflicht* gemäss Art. 717 Abs. 1 OR («doppelter Pflichten-nexus») unterschieden werden: Vgl. dazu vorne Ziff. I.2.

<sup>116</sup> BGE 130 III 217 Erw. 2.2.1.: «Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass nur die Vertragspartnerin aus der Treuepflicht berechtigt ist (...)».

<sup>117</sup> BGE 130 III 220 ff. Erw. 3.

<sup>118</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.1. FN 26.

<sup>119</sup> Betroffen sind nur, aber immerhin, *Publikumsgesellschaften*: Art. 95 Abs. 3 BV («die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften»).

<sup>120</sup> Die «*Umsetzung*» widerspricht m.E. der Verfassungsbestimmung; mit der bundesrätlichen Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV: SR 221.331) vom 20. November 2013 wurde das *spezifische Vertragsverbot relativiert*, und zwar nicht unerheblich: Siehe Art. 21 VegüV (von einem «Verbot» bleibt somit nichts übrig); altrechtliche Arbeitsverträge müssen innerhalb von zwei Jahren seit Inkrafttreten der Verordnung angepasst werden: Art. 28 VegüV; generell: KUNZ (FN 3), N 615 sowie N 361 FN 1229; zudem: MARK MONTANARI, Nach Inkrafttreten der VegüV – Ausgewählte Fragen aus der Rechtsberatung, AJP 24 (2015), 51 ff.

<sup>121</sup> Auswahl: Art. 734c E-OR (BBl 2017 724 f.) sowie Art. 734e E-OR (BBl 2017 725) bzw. Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 E-OR (BBl 2017 685); zudem: Art. 6 E-OR Übergangsbestimmungen (BBl 2017 741).

<sup>122</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.2.2.

<sup>123</sup> Allg.: PETER V. KUNZ, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V (Bern 2010), 53 ff.

<sup>124</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.

<sup>125</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.2.2.b.



uneingeschränkt, immerhin im Rahmen der Konzernleitung<sup>126</sup> – zum Tragen.

In den USA erfolgt die Fremdkapitalfinanzierung oftmals über die Finanzmärkte (v.a. Anleiheobligationen)<sup>127</sup>, in Europa – nicht zuletzt in der Schweiz – steht die Finanzierung durch «Hausbanken» oder durch Kreditkonsortien im Vordergrund. Vor diesem Hintergrund stellt der Darlehensvertrag, ein Nominatkontrakt (Art. 312 ff. OR), den wichtigsten Finanzierungsvertrag dar<sup>128</sup>. Im Hinblick auf eine Fremdkapitalfinanzierung sind Konzernunternehmen oftmals Vertragsparteien mit Dritten (z.B. mit Banken) bei *Darlehen* auf der einen Seite sowie bei *Besicherungen* (Bürgschaften etc.)<sup>129</sup> auf der anderen Seite.

## b. Konzernaspekte

Bei den konzernexternen Darlehensverträgen treten die Gruppengesellschaften prinzipiell nur als Darlehensnehmer (Borger) auf; die Funktion als Darlehensgeber (Darleiher) kommt wohl einzig in Frage, wenn es sich bei der Konzernunternehmung um eine Bank handelt. Die Darlehen werden zwar von einzelnen Gruppengesellschaften vereinbart, können aber nichtsdestotrotz einer *konzernexternen Konzernfinanzierung* dienen<sup>130</sup>.

Eine allfällige *Konzernvertragsstrategie* kann die *Vertragsfreiheit* von Untergesellschaften für Darlehen mit Dritten einschränken<sup>131</sup>. Die Konditionen der konzernexternen Darlehensverträge (z.B. Zinsen oder Sicherheiten) stellen zudem die «*Spiegelung*» von Drittkonditionen<sup>132</sup> für die gruppeninternen Darlehen<sup>133</sup> dar. Die Besicherungen (Garantien etc.) werden zwar in aller Regel mit konzernexternen Banken vereinbart, doch sind diese Verträge schliesslich an einem *konzerninternen Massstab* zu messen<sup>134</sup>.

## V. Verträge im Konzerninnenverhältnis

### 1. Grundsatz: potentiell problematisch

Im Zusammenhang mit den *Konzernverträgen* im Konzerninnenverhältnis («Konzernverkehr»)<sup>135</sup> bestehen in der Wirtschaftsrealität zahlreiche gruppeninterne Manipulationsmöglichkeiten. Im Vordergrund stehen *Vermögens- bzw. Gewinnverschiebungen* zwischen den Gruppengesellschaften durch entsprechend «ausgestaltete» Vertragskonditionen<sup>136</sup>. M.E. erweisen sich diese Vertragsbeziehungen als *konzernrechtlich potentiell problematisch*.

Der *Vertragsabschluss* auf der einen Seite sowie der *Vertragsinhalt* auf der anderen Seite basieren nicht immer auf «freiwilligen» Grundlagen, sondern entsprechen wohl regelmässig den «Wünschen» der herrschenden Gesellschaft bzw. des Konzerns. Der *Konzernleitung* der Obergesellschaft<sup>137</sup> kommt in diesem Zusammenhang eine zentrale Rolle zu.

Das Konzernrecht sieht zwar verschiedene Vorgaben für das Konzerninnenverhältnis – insbesondere *Relativierungen der Vertragsfreiheit* (Beispiel: «Dealing at Arm's Length»<sup>138</sup>)<sup>139</sup> – vor. Sollten diese konzernrechtlichen Schutzmechanismen verletzt werden, drohen *rechtliche Risiken* (Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Strafrecht etc.)<sup>140</sup>; zur Absicherung von steuerrechtlichen Gefahren gelangen oftmals *Steuerrulings* zur Anwendung<sup>141</sup>.

### 2. Ausgewählte Beispiele

#### 2.1 Lizenzverträge

##### a. Vertragsgrundlagen

Mit den *Lizenzverträgen* werden in erster Linie die *Immaterialgüterrechte* einer Unternehmung «bewirtschaftet»<sup>142</sup>. D.h. der Lizenzgeber überlässt dem Lizenznehmer, auf vertraglicher Grundlage, die temporäre Nutzung beispielsweise von Marken, von Patenten oder von Designs. Solche Verträge, die *Innominatkontrakte* darstellen, kommen häufig vor, und zwar sowohl im

<sup>126</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.a.

<sup>127</sup> KUNZ (FN 123), 62 FN 101.

<sup>128</sup> KUNZ (FN 3), N 628 m.w.H.

<sup>129</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.2.2.a.

<sup>130</sup> Die *Konzernfinanzierungen* stellen die eigentlichen «*Blutbahnen*» von Unternehmensgruppen dar; generell: BRAND (FN 41), N 441 ff. m.w.H.

<sup>131</sup> M.a.W. entscheidet die Muttergesellschaft z.B. darüber, ob die Finanzierungsbedürfnisse entweder konzernextern oder konzernintern oder in Kombination (und zu welchen Konditionen) befriedigt werden.

<sup>132</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. IV.1.

<sup>133</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.2.2.

<sup>134</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.2.2.b.; der Grundsatz «Dealing at Arm's Length» ist auf die Finanzierungsverträge im Konzerninnenverhältnis anwendbar (missverständlich: KUNZ (FN 123), 83 f.).

<sup>135</sup> Beispiele: Konzernierungsverträge (vgl. dazu vorne Ziff. III.), Lizenzverträge (vgl. dazu hinten Ziff. V.2.1.) sowie Finanzierungsverträge (vgl. dazu hinten Ziff. V.2.2.); in der Konzernpraxis besteht indes eine *quantitative Dominanz* der Verträge im Konzernausserverhältnis: KUNZ (FN 3), N 627.

<sup>136</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.2.

<sup>137</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.a.

<sup>138</sup> Statt aller: HANDSCHIN (FN 31), 115 ff. (betreffend «Marktbedingungen»: a.a.O. 115).

<sup>139</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.

<sup>140</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.2.

<sup>141</sup> Generell: HANSPETER SANER/MARLENE KOBIERSKI, Bindungswirkung von Steuerrulings, Jusletter vom 2. November 2015, *passim*; RENÉ SCHREIBER/ROGER JAUN/MARLENE KOBIERSKI, Steuerruling (...), ASA 80 (2011/2012), 293 ff.

<sup>142</sup> Allg.: KUNZ (FN 3), N 517 ff. sowie N 626.

Konzernaussenverhältnis als auch im Konzerninnenverhältnis.

Bei den konzernexternen Lizenzverträgen sind nur relativ wenige Konzernaspekte zu berücksichtigen<sup>143</sup>; wenn – als Beispiel – die nicht zur Unternehmensgruppe gehörende Vertragspartei die Lizenzgeberin ist, muss insbesondere die Frage beantwortet werden, welche Gruppengesellschaften aus dem konkreten Lizenzvertrag berechtigt sind<sup>144</sup>. Bei den konzerninternen Lizenzverträgen müssen – wie generell bei Verträgen im Konzerninnenverhältnis<sup>145</sup> – verschiedene konzernrechtliche Gesichtspunkte behandelt werden<sup>146</sup>.

## b. Konzernaspekte

*Unternehmensgruppen* sind nicht *Inhaber* von Immaterialgüterrechten, vielmehr sind einzelne Gruppenunternehmen berechtigt. Gerade bei internationalen Grosskonzernen bestehen regelmässig *IT-Gesellschaften*, also Gruppenunternehmungen, in denen die Immaterialgüterrechte konzernweit «gepoolt» werden<sup>147</sup>; solche spezialisierten Konzerngesellschaften<sup>148</sup> befassen sich mit der «Bewirtschaftung» von Immaterialgüterrechten<sup>149</sup>. Im Konzerninnenverhältnis können die Lizenzverträge, durch die «Ausgestaltung» der Entschädigungen («Lizenzgebühren»)<sup>150</sup>, für *Vermögens- bzw. Gewinnverschiebungen* zum Einsatz gelangen<sup>151</sup>.

Die *Lizenzierung* stellt die vermutlich wichtigste konzerninterne «Bewirtschaftung» dar<sup>152</sup>. Durch die

IT-Gesellschaften auf der einen Seite oder durch die zentralisierten konzerninternen Immaterialgüterrechtsabteilungen auf der anderen Seite wird eine *einheitliche Schutzrechtspolitik* in einer Unternehmensgruppe sichergestellt<sup>153</sup>. Die meisten grösseren Konzerne sind daran interessiert, eine konzernumfassende «*Corporate Identity*» zu entwickeln, nämlich beispielsweise mittels Konzernfirmen<sup>154</sup> sowie Konzernmarken<sup>155</sup>. Bei den Immaterialgüterrechten gilt *keine Gesamtbetrachtung ex lege*<sup>156</sup>; die *Nutzbarmachung von Kennzeichen* erfolgt deshalb durch Lizenzverträge zwischen den Gruppengesellschaften.

## 2.2 Finanzierungsverträge

### a. Vertragsgrundlagen

Die *Finanzierungsverträge* – dabei die *Darlehensverträge* im Vordergrund stehend – werden nicht allein im Konzerninnenverhältnis, sondern auch im Konzernaussenverhältnis<sup>157</sup> vereinbart. Die *Besicherungen* («*Securities*»)<sup>158</sup> für Darlehen haben zwar u.a. konzernexterne Vertragsparteien, weil ihnen allerdings eine *gruppeninterne Wirkung* zukommt, müssen sie an den Kriterien für die Verträge im Konzerninnenverhältnis gemessen werden<sup>159</sup>. Konzerninterne Finanzierungsverträge führen immer wieder zu Gerichtsurteilen<sup>160</sup>.

Mittels Besicherungen, die für Unternehmensgruppen besonders praxisrelevant sind, werden in erster Linie konzernexterne *Fremdkapitalfinanzierungen* (z.B. durch Banken) *abgesichert*, und zwar von anderen Gruppengesellschaften<sup>161</sup>. Dabei sind insbesondere drei Varianten zentral<sup>162</sup>: die *Bürgschaften* (Art. 492 ff. OR), die *Garantien* (Art. 111 OR) und die *Patronatserklärungen*; Patronatserklärungen, die in der Praxis eine immer geringere Bedeutung haben, sind nicht immer rechtsverbindlich<sup>163</sup>.

<sup>143</sup> Insbesondere spielt im Konzernaussenverhältnis bei Lizenzverträgen der Grundsatz «Dealing at Arm's Length» keine Rolle: KUNZ (FN 3), N 518 a.E.

<sup>144</sup> Da es sich m.E. um eine Frage der *konkreten Vertragsauslegung* handelt, braucht es eine *sorgfältige Vertragsredaktion*: Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.2.b. FN 34.

<sup>145</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.1.

<sup>146</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.2.1.b.; beispielsweise zu Markenlizenzen: BEAT WEIBEL, Anforderungen an eine Marke im Hinblick auf eine konzerninterne Lizenzierung, sic! (1999), 342 ff.

<sup>147</sup> Statt aller: KUNZ (FN 3), N 513.

<sup>148</sup> Es handelt sich um eine *konzernfunktionale Ausgestaltung* bei *abhängigen* Gruppenunternehmungen, die ebenfalls für andere «Spezialaufgaben» verwendet wird; in diesem Zusammenhang sind z.B. die *Finanzgesellschaften* (vgl. dazu hinten Ziff. V.2.2.b.) oder die *Managementgesellschaften* zu erwähnen.

<sup>149</sup> Zentral sind die *Registrierungen* sowie die *Lizenzierungen* von Immaterialgüterrechten; anstelle von solchen IT-Gesellschaften gibt es auch konzerninterne Abteilungen (z.B. «Patentabteilungen» oder «Markenabteilungen»); generell: BEAT WEIBEL, Organisation und Aufgaben des Immaterialgüterrechtswesens in einem internationalen Industriekonzern, sic! (2000), 136; PASCAL HINNY, Die steuerrechtliche Behandlung der Marke im Konzern (einschliesslich Steuerplanung) (Diss. St. Gallen 1994), 143 f.

<sup>150</sup> Die IT-Gesellschaft hat regelmässig einen *steuergünstigen Sitz* und wird als *Lizenzgeberin* gegenüber den Konzerngesellschaften als Lizenznehmerinnen eingesetzt; die «Lizenzgebühren» werden nicht realiter verhandelt, sondern im Rahmen der Konzernleitung vorgegeben bzw. steueroptimiert «ausgestaltet».

<sup>151</sup> Der *Drittpersonentest* setzt der möglichen Steueroptimierung mittels Lizenzverträgen innerhalb der Unternehmensgruppe gewisse Schranken: Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.d.

<sup>152</sup> Allg.: KUNZ (FN 3), N 517; zudem: HINNY (FN 149), 45 ff.

<sup>153</sup> WEIBEL (FN 149), 136.

<sup>154</sup> Mittels *Konzernfirma* (z.B. «Novartis», «Nestlé», «UBS» oder «Credit Suisse») wird regelmässig eine Konzernzugehörigkeit transparent gemacht: KUNZ (FN 3), N 523 f.; im Detail: VON BÜREN (FN 31), 521 ff.; generell: MARKUS MÜLLER, Firmenlizenz und Konzernfirma (Diss. München 1995), 139 ff.

<sup>155</sup> Übersicht: KUNZ (FN 3), N 525 ff. m.w.H.; allg.: ANDRÉ ZEUG, Die Konzernmarke – eine ökonomische, warenzeichenrechtliche und steuerrechtliche Analyse (Diss. München 1987), *passim*.

<sup>156</sup> M.a.W. ist das *Trennungsprinzip* anwendbar: Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.

<sup>157</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. IV.2.2.

<sup>158</sup> Es handelt sich um *Personalsicherheiten*; allg.: HANS KUHN, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht (Bern 2011), § 37 – § 41.

<sup>159</sup> Relativierungen der Vertragsfreiheit: Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.

<sup>160</sup> Auswahl: BRAND (FN 41), N 291 ff.

<sup>161</sup> Hinweise: KUNZ (FN 3), N 728 ff.

<sup>162</sup> Statt vieler: VON BÜREN (FN 31), 441 ff.; HANDSCHIN (FN 31), 284 ff.; HANSJÖRG GRAF, Verträge zwischen Konzerngesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Sanierungsleistungen und Sicherungsgeschäfte (Diss. Bern 1986), 134 ff.

<sup>163</sup> Es kann nämlich vorkommen, dass Patronatserklärungen *nicht als Verträge qualifiziert* werden und somit nicht bindend wirken, d.h. massgeblich ist im Einzelfall die Auslegung der konkreten Willenserklärung (Art. 18 OR) derjenigen Konzerngesellschaft (typischer-

Bei den Darlehen sowie bei den Besicherungen – jeweils im Konzerninnenverhältnis – geht es um *identische konzernrechtliche* Probleme<sup>164</sup>, wobei die «*Richtung*» der Finanzierungsverträge ein ausschlaggebendes Element darstellt. Bei den Darlehensverträgen einerseits sowie bei den Besicherungsverträgen andererseits wird danach differenziert<sup>165</sup>, ob sie «*von oben nach unten*» («downstream»); also beispielsweise von der Obergesellschaft an eine Untergesellschaft) oder «*von unten nach oben*» («upstream»; z.B. von einer indirekten Tochtergesellschaft an eine direkte Tochtergesellschaft) oder «*seitwärts*» («side-stream») erfolgen<sup>166</sup>.

## b. Konzernaspekte

Für Konzernfinanzierungen spielen, zumindest bei grösseren Unternehmensgruppen, *Finanzgesellschaften* – als konzernfunktionale Ausgestaltung von Untergesellschaften<sup>167</sup> – eine wichtige Rolle, indem sie faktisch als «*Konzernbank*» eingesetzt werden<sup>168</sup>. Solche Gesellschaften, meist Alleinbeteiligungen, sind rechtlich nicht frei, ob und welche Rechtsgeschäfte abzuschliessen sind, d.h. die Vertretungsmacht<sup>169</sup> muss beachtet werden. Der Spielraum kann für Finanzgesellschaften mit *statutarischen Konzernklauseln* erweitert werden<sup>170</sup>.

M.E. erweist sich in erster Linie der Grundsatz «*Dealing at Arm's Length*» als massgebliches Kriterium zur Beurteilung der Finanzierungsverträge im Konzerninnenverhältnis<sup>171</sup>, notabene unbeschaffen, ob diese Verträge durch eine Finanzgesellschaft oder durch eine andere Gruppengesellschaft vereinbart werden. Die Vertragsinhalte, z.B. der konzernexternen Darlehensverträge, stellen die «*Spiegelung*» von Drittkonditionen<sup>172</sup> dar. Im Hinblick auf einen Drittpersonentest müssen konzern-

intern diverse *Kriterien* berücksichtigt werden<sup>173</sup>: Schriftlichkeit des Vertrags, Zinskonditionen, Sicherheiten sowie Amortisationspflicht.

Die *Down-stream Verhältnisse* (bei Darlehen und bei Besicherungen) werden als relativ unproblematisch betrachtet, bleibt doch alles sozusagen «in der gleichen Familie»<sup>174</sup>; anders muss die Rechtslage hingegen bei a priori aussichtslosen Sanierungsversuchen «von oben nach unten» beurteilt werden<sup>175</sup>. Als potentiell heikler erweisen sich die *Up-stream Verhältnisse* sowie die *Side-stream Verhältnisse*, bei denen kein Konzerninteresse geltend gemacht werden kann<sup>176</sup>, erst recht nicht bei Vorhandensein freier Aktionäre<sup>177</sup>.

Beim *Cash Pooling* handelt es sich um ein *konzerninternes Vertragsnetz* von Gruppengesellschaften zum Liquiditätsmanagement<sup>178</sup>, das meistens nur in Grosskonzernen vorkommt. Im Wesentlichen werden *kurzfristige interne Darlehen* innerhalb einer Unternehmensgruppe vereinbart. Das Bundesgericht hat im Jahr 2014 grundsätzliche Zweifel gegenüber dem Cash Pooling offenbart, die für die aktuelle Konzernpraxis problematisch erscheinen<sup>179</sup>: «[Es] ist *bereits im Ansatz fragwürdig*, ob die Teilnahme an einem Cash Pool, bei der die Teilnehmerin (...) über ihre Liquidität verfügt, *als solche überhaupt einem Drittmannstest standhält*»<sup>180</sup>.

## VI. Vertragliche Konzernklauseln

### 1. Privatautonome Gesamtbetrachtung(en)

Das Trennungsprinzip bei den Unternehmensgruppen<sup>181</sup> kann durch *privatautonome Rechtsgestaltung* «überwunden» oder mindestens eingeschränkt werden. Die Vertragsauslegung (Art. 18 OR) von Konzernverträgen beantwortet die Frage, wer die konkreten Parteien

weise: die herrschende Unternehmung), die eine solche Patronatsklärung abgegeben hat; detailliert: VON BÜREN (FN 31), 435 ff.; zudem: PETER R. ALTENBURGER, Die Patronatsklärungen als «unechte» Personalsicherheiten (Diss. Basel 1978), *passim*; WALTER MÜLLHAUPT, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Patronatsklärung, SAG 50 (1978), 109 ff.; zudem: KUNZ (FN 3), N 726 FN 2271.

<sup>164</sup> Übersichten: ROLAND VON BÜREN/BENDICHT LÜTHI, Sicherung von Krediten Dritter im Konzern, in: *Kreditsicherheiten* (Basel 2008), 55 ff.; MARKUS R. NEUHAUS/ROLF WÄTTER, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: FS für P. Bockli (Zürich 2006), 173 ff.; PATRIC ALESSANDER BRAND, Aspekte der Fremdfinanzierung im Schweizer Aktienrechtskonzern, Jusletter vom 22. August 2011, *passim*.

<sup>165</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. V.2.2.b.

<sup>166</sup> Statt aller: BRAND (FN 41), N 476 ff.

<sup>167</sup> Ähnlich verhält es sich bei den *IT-Gesellschaften*: Vgl. dazu vorne Ziff. V.2.1.b.

<sup>168</sup> KUNZ (FN 3), N 181; generell: MATTHIAS STEIN, Die Management-Holding – Analyse eines Struktur- und Führungskonzeptes (Diss. St. Gallen 1993), 47 ff.; beispielsweise können die Finanzgesellschaften konzerninterne Darlehen vergeben und als «Pool Führer» beim Cash Pooling eingesetzt werden.

<sup>169</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.b.

<sup>170</sup> Mit einem *Beispiel* für eine statutarische Konzernklausel betreffend konzerninterne Finanzierungsverträge: KUNZ (FN 3), N 264.

<sup>171</sup> Im Detail: KUNZ (FN 3), N 722 ff. m.w.H.

<sup>172</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. IV.1.

<sup>173</sup> In jüngerer Vergangenheit: BGE 140 III 543 Erw. 4.3. («Swisscar-go»).

<sup>174</sup> Statt aller: KUNZ (FN 3), N 729 f. (re Besicherungen) sowie N 735 (re Down-stream Darlehen).

<sup>175</sup> Detaillierter: LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, Sanierung von Tochtergesellschaften, SJZ 110 (2014), 1 ff.; zudem: KUNZ (FN 123), 86; DERS. (FN 3), N 744/N 864.

<sup>176</sup> KUNZ (FN 3), N 731 f. (re Besicherungen) sowie N 736 (re Down-stream Darlehen); betreffend Ausgestaltung zu Marktbedingungen bei Up-stream Darlehen: BRAND (FN 41), N 537 ff.

<sup>177</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.c.

<sup>178</sup> Hierzu statt vieler: LUCA JAGMETTI, Cash Pooling im Konzern (Diss. Zürich 2007), *passim*; OLIVER BLUM, Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 14 (2005), 705 ff.; JOCHEN WEHRLI-DUCAUD, Steueroptimierte Konzernfinanzierung eines internationalen Unternehmens mittels Cash Pooling (...) (Basel 2011), *passim*; BÖCKLI (FN 32), § 11 N 449b ff.; KUNZ (FN 3), N 745 ff.

<sup>179</sup> Die Doktrin zeigte sich in der Folge skeptisch: LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, Cash Pooling – Was ist noch zulässig?, GesKR 2014, 264 ff.; wohlwollender: KUNZ (FN 3), N 750.

<sup>180</sup> BGE 140 III 544 Erw. 4.5. a.A. (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>181</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.



sind<sup>182</sup>. Die Vertragsparteien können zudem in Bezug auf ihre Vertragsverhältnisse eine *Gesamtbetrachtung vereinbaren*, und zwar durch *vertragliche Konzernklauseln*: «Eine Konzernklausel ist eine Vertragsklausel, welche sich auf die Konzernverbundenheit bezieht»<sup>183</sup>.

Eine besondere praktische Relevanz haben solche Klauseln in Konzernverträgen im Konzernausserverhältnis, doch kommen sie teils ebenfalls im Konzerninnenverhältnis vor. Infolge der Vertragsfreiheit gibt es zwar keine eigentlichen Vorgaben für Konzernklauseln. In der Wirtschaftsrealität haben sich indes einige *typische Konzernvertragsklauseln* entwickelt, nämlich insbesondere Verrechnungsklauseln<sup>184</sup>; daneben können weitere vertragliche Konzernklauseln erwähnt werden (z.B. Schiedsklauseln sowie Konkurrenzklauseln)<sup>185</sup>.

Eine vereinbarte Gesamtbetrachtung beruht im Wesentlichen auf *Anpassungsklauseln* in Konzernverträgen<sup>186</sup>. Dadurch sollen Nicht-Vertragsparteien in die Vertragswirkungen «einbezogen» werden; die vertragsschliessende Konzerngesellschaft verpflichtet sich im Rahmen solcher Anpassungsklauseln dazu, für ein *vertragskonformes* Verhalten der *übrigen Gruppengesellschaften* zu sorgen<sup>187</sup>. Konzernanpassungsklauseln bewirken also «sozusagen den Einbezug sämtlicher Konzerngesellschaften, *als ob* sie Vertragsparteien wären»<sup>188</sup>.

## 2. Ausgewählte Beispiele

### 2.1 Verrechnungsklauseln

Die konzernvertraglichen *Verrechnungsklauseln* stellen in der Konzernrealität die am weitesten verbreiteten Abreden dar<sup>189</sup>, die zwar nicht ausschliesslich, aber primär mit konzernexternen Parteien vereinbart werden. Angesichts des im Konzernrecht geltenden Trennungs-

prinzips<sup>190</sup> ist es einer *Gruppengesellschaft als Schuldnerin* ex lege unmöglich, Forderungen anderer Gruppengesellschaften desselben Konzerns zur Verrechnung zu bringen<sup>191</sup>. Mit der Verrechnungsklausel wird indes eine *Gesamtbetrachtung* verabredet<sup>192</sup>.

Differenziert wird zwischen den *einseitigen* Verrechnungsklauseln sowie den *wechselseitigen* Verrechnungsklauseln: Bei der ersten Variante gibt es auf der Gegenseite der Konzernunternehmung nur eine (nicht konzernierte) Einzelgesellschaft, bei der zweiten Variante steht der vertragsschliessenden Gruppengesellschaft hingegen eine Konzernunternehmung einer anderen Unternehmensgruppe gegenüber. Bei den *einseitigen Klauseln* wird die *konzernexterne* Vertragspartei benachteiligt, weil es zu einem eigentlichen Liquiditätstransfer kommt; m.E. sind solche Klauseln *rechtsungültig* im Konkurs des Dritten<sup>193</sup>.

### 2.2 Weitere Klauseln

Nebst den Verrechnungsklauseln<sup>194</sup> werden regelmässig *weitere Abreden* in Konzernverträgen aufgenommen, mit denen eine privatautonome Gesamtbetrachtung vorgesehen wird<sup>195</sup>. In aller Regel handelt es sich um Klauseln in Verträgen im Konzernausserverhältnis. In der Wirtschaftsrealität stehen die *Konkurrenzklauseln* auf der einen Seite sowie die *Schiedsklauseln* auf der anderen Seite im Vordergrund:

*Konkurrenzverbote* gelangen zwar *nicht automatisch konzernweit* zur Anwendung, doch sie können – zumindest prinzipiell – in den Einzelarbeitsverträgen mit Gruppengesellschaften vereinbart werden<sup>196</sup>. Eine entsprechende arbeitsvertragliche *Konkurrenzklausel* «im Konzern» erscheint insbesondere dann sinnvoll, wenn ein Arbeitnehmer nicht nur bei einer einzelnen Gruppenunternehmung, sondern in der *gesamten Unternehmensgruppe* «zum Einsatz» kam<sup>197</sup>. M.E. müssen jedoch die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 340 f. OR *zugunsten des Arbeitnehmers* und somit *zulasten des Konzerns* ausgelegt werden<sup>198</sup>.

<sup>182</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.2.

<sup>183</sup> Zitat: VON BÜREN (FN 31), 430.

<sup>184</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. VI.2.1.

<sup>185</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. VI.2.2.

<sup>186</sup> Hinweise: KUNZ (FN 3), N 633 f.; von den *vertraglichen* Konzernklauseln müssen die *statutarischen* Konzernklauseln unterschieden werden: a.a.O. N 261 ff.

<sup>187</sup> Diese «übrigen Gruppengesellschaften» sind *keine Vertragsparteien*, d.h. sie werden sich einzig dann vertragskonform verhalten, wenn sie von der herrschenden Gesellschaft dazu im Rahmen der Konzernleitung «überredet» werden; m.E. können somit ausschliesslich die *Obergesellschaften* entsprechende vertragliche Zusagen machen bzw. Zusicherungen abgeben: KUNZ (FN 3), N 634 FN 1995; wohl gl.M.: BOSMANN (FN 32), 112; VON BÜREN (FN 31), 430.

<sup>188</sup> KUNZ (FN 3), N 635 a.E. (Hervorhebung im Original); daraus folgt eine spezifische Gesamtbetrachtung: «Die Vertragspflichten erstrecken sich auch auf die an den Vertragsverhandlungen nicht beteiligt gewesenen Konzernunternehmen» (VON BÜREN (FN 31), 431).

<sup>189</sup> Die *Lehre* in der Schweiz beschäftigt sich intensiv mit Verrechnungsklauseln: LUKAS HANDSCHIN, Begriff und Wirkung von Konzernverrechnungsklauseln, SZW 85 (2013), 263 ff. m.w.H.; DERS. (FN 31), 275 ff.; BOSMAN (FN 32), 146 ff.; KUNZ (FN 3), N 636 ff. m.w.H.

<sup>190</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.

<sup>191</sup> Es fehlt an der *Gegenseitigkeit* der Forderungen: Art. 120 Abs. 1 OR («einander [...] schulden»); zur Thematik im Einzelnen: HANDSCHIN (FN 31), 275 f.; BÖCKLI (FN 32), § 11 N 445a.

<sup>192</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. VI.1.; generell: KUNZ (FN 3), N 636 a.E.

<sup>193</sup> A.M.: HANDSCHIN (FN 189), 273 f.; im Ergebnis geht es um eine *rechtswidrige Gläubigerbevorzugung*, was illegal ist: KUNZ (FN 3), N 639; die Forderung gegen die verrechnende Konzerngesellschaft geht m.a.W. der *Konkursmasse* «verloren».

<sup>194</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. VI.2.1.

<sup>195</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. VI.1.

<sup>196</sup> Bedeutsam sind primär *nachvertragliche* Konkurrenzverbote; allg.: KUNZ (FN 3), N 629 FN 1978 sowie N 640 f.; VON BÜREN (FN 31), 413 f.; HEIZ (FN 104), 103 ff.; BOSMAN (FN 32), 155 ff.; zur Thematik detailliert: ZÜRCHER FAUSCH (FN 111), *passim*.

<sup>197</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. IV.2.1.b.

<sup>198</sup> Dies trifft z.B. auf die Kriterien «Arbeitgeber» oder «Einblick in den Kundenkreis» zu: KUNZ (FN 3), N 641; restriktiv ebenfalls:

*Schiedsklauseln* zwischen Gesellschaften derselben Unternehmensgruppe machen wenig Sinn, weil es – mangels Wettbewerb – eigentlich nie zu einem Streitfall kommen kann<sup>199</sup>. Ex lege gilt: «Mithin bindet eine Schiedsvereinbarung grundsätzlich nur die Konzerngesellschaft, welche die Schiedsvereinbarung abgeschlossen hat»<sup>200</sup>. Durch eine *konzernvertragliche Schiedsklausel* kann jedoch eine «*Ausdehnung im Konzern*» vorgenommen werden<sup>201</sup>.

---

MARTIN HENSSLER, Der Arbeitsvertrag im Konzern (Diss. Konstanz 1983), 177.

<sup>199</sup> Die herrschende Unternehmung würde ohne Zweifel in einer solchen Situation – basierend auf ihrer *Konzernleitung* – entscheiden: Vgl. dazu vorne Ziff. II.2.1.a.

<sup>200</sup> PFISTERER (FN 30), N 64.

<sup>201</sup> Statt aller: KUNZ (FN 3), N 644 f. m.w.H.